

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DEVER DE LEALDADE DAS PARTES NO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO¹

Fábio Campelo Conrado de Holanda

Professor e Mestre em Direito pela UFC

Procurador-Federal da Advocacia-Geral da União

Sumário: 1 Considerações gerais; 2 O dever de lealdade processual; 3 Evolução legislativa da lealdade processual, 3.1 Direito comparado, 3.2 Direito brasileiro; 4 Aspectos objetivos da litigância ímproba; 5 Aspectos subjetivos da litigância ímproba; e 6 Referências.

Resumo: Se o fundamento moral dos direitos reclama um coerente sistema de valores, os direitos não podem ter um tratamento autônomo desligado dos deveres em que se concretizam estes valores. O dever de lealdade das partes não se identifica numa restrição ao direito de acesso à justiça, mas condiciona a atitude das partes a valores éticos em busca da realização de um processo justo. Impõe-se que os meios utilizados para a realização da justiça no processo estejam influenciados pela Ética e a Moral.

1 Considerações gerais

A Constituição Federal de 1988 intitula o Capítulo I do Título II de *Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*, mas não distingue os direitos dos deveres, enfocando-os todos ao mesmo tempo, sem classificá-los.

Os direitos fundamentais estão necessariamente sujeitos a limites, ainda que de natureza e graus diversos. Não há liberdades absolutas; elas aparecem, pelo menos, limitadas pela necessidade de assegurar as liberdades dos outros. Neste cenário, interessante se afigura o estudo dos deveres.

Existe uma cláusula geral no art. 29 da Declaração Universal dos Direitos do Homem onde não só se professa que

o indivíduo tem deveres para com a comunidade, como se prescreve que, no gozo dos direitos e liberdades, ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vistas exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática.

Se o fundamento moral dos direitos exige um desenvolvimento coerente do sistema de valores em que eles se inserem, parece fora da discussão a idéia de que os direitos não podem ter um tratamento autônomo desligado dos valores e, por conseqüência, dos deveres em que se concretizam estes valores, carecendo de sentido a pretensão, tão corrente, de querer fundamentar os direitos fundamentais sem relacioná-los com os deveres e valores morais.

A propósito, Gregório Robles tece considerações sobre a relação entre direitos e deveres na teoria moderna dos direitos fundamentais, lecionando que

La consideración autónoma de los derechos, sin conectarlos con los deberes en un sistema axiológico coherente, es típica de la mentalidad moderna contractualista. (...) Es un hecho social palpable que en la sociedad de nuestros días el sentimiento del deber empalidece, con frecuencia se muestra extinguido, mientras que su contrario, el sentimiento reivindicativo, alcanza las mayores cotas de intensidad. Desde un punto de vista ético este fenómeno se traduce en un decrecimiento de la solidaridad y en una justificación del hedonismo.²

A teoria dos direitos fundamentais como teoria desconectada dos deveres e dos valores, é obra, sobretudo, dos grandes pensadores ingleses que romperam com a Escolástica: Thomas Hobbes e John Locke.³ Sua filosofia política individualista toma como ponto de partida o homem abstrato, desligado de todo vínculo social e, portanto, desconectado de

todo dever.

Quando se trata dos deveres, não se pode cometer o equívoco de enfocá-los unilateralmente, ou seja, apenas sobre a óptica do cidadão ou do Estado. As teorias de direitos fundamentais, porque apresentam larga inspiração na sua primeira dimensão (as chamadas liberdades públicas), tendem a enxergar deveres apenas no Estado. Nos regimes autoritários a situação se inverte, eis que o Estado passa a ser titular de incontáveis direitos, enquanto aos cidadãos são debitados inúmeros deveres. Nos regimes democráticos, contudo, parece possível traçar certo equilíbrio neste cenário de cotejo dos direitos e deveres.

Entendemos que a expressão “devido processo legal” se relaciona intimamente com o objetivo da jurisdição, qual seja, a aplicação da justiça ao caso concreto. E não seria razoável admitir que a realização do justo acontecesse por conduto de ilegalidades ou mecanismos desprovidos de valores éticos, razão por que se afigura como imprescindível o estudo dos deveres, especialmente o de lealdade das partes, no desenvolvimento do presente trabalho.

É fato que o debate em torno de deveres, encargos e responsabilidades está de certa forma na contramão do cenário histórico de nosso País, recém-egresso de um regime de repressão política cujo marco divisor vem a ser a promulgação da Constituição Federal de 1988, ávida para reaver e resguardar o destronado patrimônio jurídico do cidadão brasileiro.

Aliás, se tivermos em conta a doutrina européia do segundo pós-guerra, facilmente constatamos que os deveres foram objeto de um compreensível pacto de silêncio (certamente em razão da ruptura com o positivismo clássico que operava o distanciamento do ordenamento jurídico vigente em relação aos direitos calcados em princípios morais. Logo, a ânsia pela reconstrução da Ciência Jurídica a partir daquele momento, devolvendo-a aos cidadãos, inibiu a assunção de deveres por estes).

Para alguns, a construção teórica e normativa dos direitos e garantias fundamentais olvidou de mencionar a

contrapartida destes, identificada na assunção dos deveres. Atento a este fenômeno, presente, inclusive, em terras além-mar, Casalta Nabais afirma que

Estou seguro de que o objeto, que escolhi para esta minha exposição, não está a moda nos tempos que correm. A bem dizer, não está na moda há muito tempo. Pois a linguagem politicamente correta deste tempo, que é o nosso, não ousa falar senão de liberdade e dos direitos que a concretizam. Compreende-se assim que a outra face, a face oculta da liberdade e dos direitos, que o mesmo é dizer da responsabilidade e dos deveres e custos que a materializam, não seja bem-vinda ao discurso social e político nem à retórica jurídica.⁴

A despeito da resistência ora mencionada, parece evidente que tanto os direitos quanto os deveres fundamentais integram o estatuto constitucional da pessoa, ambos igualmente importantes para compreender o lugar que o homem deve ter na ordenação das matérias constitucionais.

Seguindo orientação de Gérson Marques, a primeira dificuldade na abordagem do assunto está na falta de simpatia do tema, ao ponto de criar embaraço na sua aceitação e na exposição. Falar de deveres é apontar, sobretudo, os erros dos indivíduos, indicando seus ônus, seus compromissos, o necessário ímpeto moral e jurídico que os orienta à boa ação.⁵

Sobre o significado de “dever”, Fernando Bastos de Ávila leciona que

... dever indica uma necessidade, fundada em um determinismo físico, isto é, indica que um fenômeno não pode deixar de ocorrer. Assim dizemos, por exemplo, que o eclipse solar deverá ter lugar em tal dia, em tal momento preciso. Dever, como substantivo, é empregado num sentido abstrato e num sentido concreto. No primeiro, refere-se à

própria obrigação moral considerada em si mesma, de modo geral, sem referência a tal ou qual regra de ação (...). No sentido concreto, um dever significa uma obrigação determinada (...). Dos deveres concretos, alguns são comuns a todos os homens e a todas as condições, e se resumem fundamentalmente na admirável síntese que a tradição bíblico-cristã conservou sob o nome de Decálogo, ou seja, os dez mandamentos. Eles compreendem todos os deveres essenciais do homem para com Deus, para consigo mesmo e para com o próximo. (...) Além destes deveres essenciais, comuns a todos os homens, existem ainda deveres concretos inerentes à condição de cada e à função que ele desempenha na comunidade.⁶

José Ferrater Mora, em seu Dicionário de Filosofia, assinala que em todos os deveres há um conteúdo moral, tendo havido o emprego dos vocábulos *dever* e *obrigação*, indistintamente. Esclarece que alguém deve algo quando está obrigado a fazer algo.

Na classificação dos deveres, registra a existência de deveres para com Deus, com a natureza, com o Estado, a família, os pais *etc*, sendo o dever moral o mais alto da categoria.⁷ Abaixo segue a visão de alguns pensadores sobre a temática dos deveres:

Cícero apresenta-nos os deveres como sendo a face imprescindível das virtudes, e delas decorrenciais (...) A fonte dos deveres é o decoro, em suas inúmeras dimensões. O decoro derivaria de quatro fontes: a prudência, a justiça, a generosidade e a moderação. Os deveres se relacionam mais perto com a justiça. (...) Entre os deveres que alicerçam a justiça está o da boa-fé, da sinceridade nas palavras e da lealdade nas convenções. (...) Kant define o dever como imperativo, porque ele apresenta à

consciência como uma ordem. Intimamente relacionado a mandamentos morais, o dever deriva da razão, sendo bom se puder se amoldar ao imperativo categórico (...). É assim que o referido pensador interpreta, por exemplo, a ordem da Bíblia para que amemos o próximo e até o inimigo. Os *deveres da virtude*, como modalidade de deveres éticos, envolvem lata obrigação, enquanto os *deveres de direito* impõem estrita obrigação, esta bem definida e delimitada juridicamente. (...) De Locke e Hobbes conclui-se que: a) inicialmente, no estado de natureza, o homem tem direito a tudo, e tudo é só direitos; não há deveres; e b) os deveres só surgem posteriormente, com a constituição da sociedade organizada, mediante o pacto social. (...) De volta ao século XX, recorremos a Kelsen. Segundo ele, é a norma de conduta quem prescreve a que o sujeito está obrigado; e dizer a que este está obrigado é o mesmo que estabelecer o seu dever. Desta forma, na sua visão positiva, a conduta só pode ser considerada prescrita, como conteúdo de um dever jurídico, se uma norma jurídica liga à conduta oposta um ato coercitivo como sanção. A teoria de Kelsen, precedida, no particular, por Ihering, esvaziou o conceito de dever do seu conteúdo idealmente moral. (...) Canotilho se reporta a *deveres objetivos*. Uma norma vincula um sujeito em termos objetivos quando fundamenta deveres que não estão em relação com qualquer titular concreto. (...) Crítica esta visão de que ao titular de um direito fundamental corresponde um dever por parte de um outro titular. Não se estabelece a correspondência estrita entre direitos e deveres fundamentais.⁸

Assim, vê-se que a imposição de um dever não tem apenas uma significação individual de aperfeiçoamento moral do indivíduo, mas tem um imediato sentido social, porque dele

dependem diretamente o desenvolvimento e o progresso da sociedade.

Os deveres de lealdade e probidade no processo são manifestações do princípio da boa-fé, constituindo-se como expressões da conduta que se dão no campo dos fatos, sendo, por isso, aferições objetivas.

A seguir, o aprofundamento deste conceito de dever se dará no âmbito do processo judicial, onde, na exposição de suas teses perante o Estado-Juiz, exige-se a probidade da conduta ao longo do feito.

2 O dever de lealdade processual

O vínculo que se forma entre as partes de um processo cria relações recíprocas entre ambas, provocando ao mesmo tempo uma série de conseqüências jurídicas relevantes. De acordo com sua posição no processo, a parte adquire uma qualidade especial, de onde seguem numerosas situações ativas e passivas que constituem o conteúdo da relação jurídica processual. Para Osvaldo Alfredo Gozaíni

“Se forma así un conjunto activo de poderes jurídicos y de derechos subjetivos procesales, y otro conjunto pasivo de cargas, obligaciones o deberes y sujeciones. Los primeros corresponden siempre a un conferimiento de carácter público, por el cual se otorga a un individuo la posibilidad de reclamar un interés propio. El poder jurídico se expone como una potestad de carácter genérico, atribución de origen constitucional (no procesal) que admite distintas calidades, según la posición que se tenga en el proceso (vgr.: el actor tiene la potestad de pretender y el demandado de resistir a esa pretensión; es el clásico juego de la demanda y la defensa. (...)) Las cargas, deberes e sujeciones provienen directamente del proceso y atienden al modo como se llega a la consagración del interés. (...) El deber

*es una regla establecida en favor de la generalidad. Se impone su acatamiento como una forma de observar el normal desarrollo de un proceso”.*⁹

A posição ética é pressuposta a todos os protagonistas da cena judiciária. Quando a controvérsia é entregue à apreciação do Poder Judiciário, conduzir-se eticamente é norma cogente. A lealdade se insere numa concepção de processo sob a óptica de uma estrutura cooperativa. José Renato Nalini ressalta que

O processo, instrumento de consecução de um bem da vida chamado justiça, deve deixar de ser encarado como pugna civilizada, ou como verdadeira luta entre contendores irados e prontos a qualquer crueza, para ser concebido como expressão da democracia. Todos os envolvidos no processo querem o mesmo: a realização do possível justo humano. A parte, mesmo se vier a sucumbir, deverá resignar-se, pois se realizou o direito e ela foi tratada com dignidade, como deve ser o tratamento dispensado aos seres humanos. O réu, mesmo condenado, deverá estar consciente de que se realizou justiça e de que não havia alternativa diversa ao juízo, diante da contundência do elemento de prova amealhado contra ele.¹⁰

A lealdade processual apresenta-se como espécie particular de lealdade, onde a figura própria do processo é a sua base de sustentação. A caracterização dessa lealdade processual surge, assim, de uma exclusiva visão do comportamento de pessoas ligadas ao processo. Busca, por isso, identificar um padrão de comportamento a ser seguido diante dele.

No Direito Processual (direito público por excelência), a boa-fé está prevista com a imposição de deveres a todos os que atuam no processo - partes, advogados, juízes e auxiliares

da justiça. Piero Calamandrei introduz a metáfora da idéia do processo visto como um jogo para explicar esta realidade:

A lealdade prescrita pelo art. 88 é a lealdade no jogo; o jogo, isto é, a competição de habilidade, é lícito, mas não se permite fazer armadilhas. O processo não é somente a ciência do direito processual, não é somente a técnica de sua aplicação prática, senão que também é leal observância às regras do jogo, a fidelidade aos cânones não escritos de correção profissional que marcam o limite entre a elegante e meritória maestria do esgrimista perfeito e as torpes manobras do fulheiro.¹¹

Em nossa óptica, o dever de lealdade das partes não se identifica numa restrição ao direito de acesso à justiça, na medida em que apenas condiciona a posição dos agentes processuais a valores éticos em busca da realização de um processo justo. Em verdade, impõe-se que os meios utilizados para a consecução do fim do processo (realização da justiça) estejam sobejamente influenciados pelos ditames da Ética e da Moral das partes. Na doutrina de Arruda Alvim

A expressão usada pela lei, ‘proceder’, abrange não só os atos fundamentais do processo, de postulação – isto é, propositura da ação, contestação, reconvenção, oposição – como também toda a atividade procedimental. A lealdade e a boa-fé são princípios informativos do processo, de caráter ético, abrangentes de toda atividade das partes, desde o início, durante todo o procedimento, inclusive, no desdobramento recursal, como, ainda, no processo executório.

Não parece razoável acreditar, porém, que a lealdade processual só teria razão depois de expressamente prevista pelo legislador. Na verdade, admitir-se um processo sem a presença

de certos limites seria comprometer seu funcionamento, exigindo-se uma tomada de posicionamento para se frear atitudes prejudiciais. O prejuízo, neste caso, estaria vinculado à efetividade do processo.

Qualquer atitude desleal estaria provocando, não somente, consequência à parte adversa, como à própria jurisdição, que estaria aplicando tempo e diligências para a realização de procedimentos provocados desonestamente. Não causa preocupação apenas a atitude desonesta em si mesma, mas sim seu resultado.

Lealdade é a virtude do litigante que, embora não meça esforços para fazer prevalecer o que entende seja seu direito, assim age respeitando, mostrando a face, olhando nos olhos. Leal é a parte que vê, no contrário, não o inimigo, mas o adversário circunstancial; é a que não surpreende, que mostra as armas de que dispõe, que não atira pelas costas. Já a boa-fé é a honestidade interior, o propósito de acertar, de não se enganar nem enganar os outros; é o contrário da malícia, da velhacaria, sendo a consciência de que se usa o processo sem intenção de descumprir a lei.

Identificada no processo a existência de uma relação jurídica que envolve as partes e o juiz, em decorrência da qual se lhes impõem, entre si, deveres, é possível daí sistematizar a figura da litigância de má-fé, compreendida como a violação do dever de lealdade processual, prevista expressamente no artigo 17 do Código de Processo Civil.

Com a aproximação da ética ao processo, diagnosticaram-se paulatinamente as patologias que o poderiam deformar. Daí a luta que se principiou travar contra a fraude, o dolo, a simulação, o abuso do direito de demandar *etc.*¹²

Os imperativos ético-jurídicos, veiculados por meio de deveres jurídicos impostos principalmente aos litigantes, objetivam impor a lealdade das partes, cuja violação caracteriza a figura da litigância de má-fé.

Por fim, concluímos que independentemente da positivação do dever de lealdade processual no código de processo, tal valor já se encontrava inserido no conteúdo do

princípio do acesso à justiça, reforçando toda a ordem de valores que orienta a condução do processo ao préstimo da justiça. Didaticamente, é como se o direito de acionar o Poder Judiciário se revelasse por meio da cláusula do acesso probo à justiça.

A seguir, visando a melhor compreender o tratamento sancionatório dado à figura da litigância de má-fé, ilustremos uma breve digressão histórica desse instituto no Direito nacional e estrangeiro.

3 Evolução legislativa da lealdade processual

3.1 Direito comparado

Já no Velho Testamento estavam presentes preceitos acerca da boa conduta processual: “Não levanteis falso testemunho contra nosso próximo”; “não mintais, e que ninguém engane seu próximo”; “evita todo ato de injustiça e toda sentença injusta”.¹³

A “Lei das XII Tábuas” (455 a.C.) dizia que: “Se alguém é chamado a juízo, compareça. Se não comparece, aquele que o citou tome testemunho e o prenda. Se procurar enganar ou fugir, o que o citou pode lançar mão sobre (segurar) o citado”.¹⁴ No Direito Romano, desde a época do processo *per formulas*, foram instituídos mecanismos para desestímulo à corrupção, ao espírito litigioso, às lides temerárias e ao dolo processual. A sentença era revestida da consciência da relevância pública da atividade exercida pelo *iudex*.¹⁵

Na Idade Média, a influência da Igreja ampliou-se de forma a examinar e a resolver questões não mais adstritas aos seus temas próprios; também as causas mistas, ou seja, aquelas relativas ao matrimônio, ao estado da família, dotais, testamentárias, entre outras, passaram a ser resolvidas sob a égide do Direito Romano-Canônico que manteve presente o juramento de calúnia.¹⁶

Dos primórdios do século XVIII até o declinar do século XIX, tendo por propulsor o individualismo, o processo judiciário civil assistiu ao afastamento do controle estatal sobre

as atividades das partes. Prevaleceu, então, o princípio da discussão que, levado ao extremo, tornou o processo uma arma desprezível.

O quadro no início do século XX, no que tange à prevenção do dolo processual, considerava a divisão das nações em dois grupos, conforme o caráter punitivo de suas legislações: aquelas em que o dolo processual era combatido e punido com sanções determinadas, sendo assegurada ao juiz uma iniciativa ampla (Suíça e Inglaterra, por exemplo); e outras em que já se elaborava movimentação contra a repressão do dolo processual e onde existiam esparsos dispositivos que visavam à conduta dos litigantes, sem, entretanto, formarem um verdadeiro sistema repressivo (França, Portugal e Brasil, por exemplo).¹⁷

Rosana Josefa Martins Dias informa que o Direito Processual anglo-americano também se ocupa de combater a litigância ímproba, estando a moralidade preservada à luz do critério da prudência do homem médio, constituindo-se a deslealdade uma espécie de atentado contra a pessoa do julgador.¹⁸

4.3.2 Direito brasileiro

Ao tempo do Brasil-Colônia, o Direito Processual Civil estava regulado nas Ordenações Filipinas, que dele tratavam em seu Livro III. As Ordenações Afonsinas e as Ordenações Manuelinas também tiveram sua vigência entre nós; no entanto, os reflexos diretos de ambas em nossa legislação e história do processo civil são quase nulos, pois que estes só se fizeram sentir, realmente, no Código Filipino.

A matriz legislativa da figura da litigância de má-fé no Brasil remonta ao Direito português. Exportadas ao Brasil, as Ordenações, pelo processo colonialista luso, vigoraram as Filipinas, cuidando do processo civil e comercial. Naquele conjunto legal, era a justiça considerada a virtude principal e, por força de lei, devia ser conduzida da maneira mais proba possível.¹⁹

Sob a vigência das Ordenações Filipinas, Título XLVIII

do Livro 3º, restou disciplinada a exigência de juramento de veracidade do autor da demanda. A malícia da demanda acarretava a condenação nas custas processuais e prisão. O uso do linguajar tinha de ser o mais honesto. Verificada a mentira, sua utilização por um litigante em prejuízo do outro, implicava degredo para a África pelo tempo de dois anos, bem como a condenação em pecúnia, em proveito do adversário lesado (Fil., Liv. V, t. 10, par.).

As Ordenações vigoraram até a promulgação do Regulamento nº 737, em 25 de novembro de 1850. O Regulamento manteve a preocupação de probidade processual, em especial, resguardando o respeito à figura do julgador, mas, antes de sua entrada em vigor, foi aprovada a adoção obrigatória da Consolidação das Leis do Processo Civil, em cumprimento à delegação do Governo Imperial. Segundo Elísio de Cresci Sobrinho,

“A Consolidação, no art. 10 da Disposição Provisória, aboliu a regra do juramento geral (ou universal) presente desde a “manquadra” (juramento prévio das partes cujo conteúdo consistia na afirmação de que não se litiga caluniosamente ou por espírito de chicana), mantendo-o excepcionalmente para determinados casos.”²⁰

Como salienta José Frederico Marques, no âmbito do processo civil, a sujeição às formas do direito comum perdurou incólume até o advento do Código de Processo Civil de 1939, haja vista que “as leis e códigos que até então haviam existido, continuavam fiéis, em suas linhas básicas, ao procedimento romano-canônico do direito medieval”.²¹

Interessante imersão histórica acerca do ambiente que permeava a edição do Código de Processo Civil de 1939, de feição eminentemente técnica e formalista, nos é fornecida por Antônio Pereira Braga, membro da 12ª Sub-Comissão Legislativa da referida norma, para quem,

no caso do Código de Processo Civil o legislador brasileiro tinha apenas de reformar e unificar as leis do processo existentes, e sua tarefa deveria ser, além de fazer as modificações fundamentais que a experiência tenha mostrado serem precisas, esclarecer os preceitos obscuros e completar a lei lacunosa. Houve uma voz no Congresso Nacional de Direito Judiciário, realizado em 1936, que assim opinou: 'Dar ao corpo do novo direito formal a extensão pretendida pelos ante-projetos em exame é, *data vênia*, torná-lo inacessível à população brasileira'. Um Código de Processo, porém, não se faz para o povo, e sim para os juristas – juízes e advogados, únicos que o estudam e aplicam. (...) não nos impusemos a preocupação de fazer um Código pequeno, mas sim a de estabelecer as regras necessárias, preenchendo todas as lacunas encontradas e evitando omissões, porque é sempre 'en réponse à un doute que la loi s'exprime'. (...) Um código não pode ser um toro bruto, de que o artífice venha tirar utilidades; há de ser já um artefato. Não pode ser uma pedra informe; há de ser um cristal lapidado. Não pode ser a massa cósmica turbilhonante em vertigem de caos; há de ser já um astro em estado de solidez, com os seus planetas em órbitas certas, com sua natureza sem vácuos. (...) Ora, nem só a sucessão de atos processuais constitui o que geralmente se chama a *forma* do processo; todas as normas de processo que, embora não constituam rito, regulam as atividades jurisdicionais do juiz, das partes e dos auxiliares da justiça, subordinando-as a condições de lugar, de tempo e de meios de expressão, constituem a 'forma processual'. 'Norma' legal é qualquer dispositivo de lei, de qualquer natureza, seja de direito material seja de direito formal. Ora, no direito processual as normas legais instituem preceitos *formais*, pois que

os dispositivos processuais são destinados a estabelecer *a forma* de algum ato do processo.²²

Vemos, pois, que o legislador processual da época se mostrava muito mais preocupado com o preciosismo das formas e com a busca pela onisciência das fórmulas normativas do que com a visão do processo visto como instrumento destinado à efetividade, intimamente conjugado com a realidade social.

Em rigor, até mesmo a reforma de 1973, capitaneada por Alfredo Buzaid, não se caracterizou como revolucionária em relação à antiga estrutura processual, já que foi obra de seu tempo e do estado da doutrina brasileira de quando foi editado. Na verdade, reconhecemos o progresso desta nova reforma com a adoção de conceitos modernos e a correta estruturação de institutos à luz da doutrina de Enrico Tullio Liebman, porém, temos de reconhecer que é um código ainda individualista.

Situando o momento histórico de transição do estatuto processual de Getúlio Vargas para o atual Código de Processo, Cândido Rangel Dinamarco é enfático em demonstrar a deficiência metodológica deste diploma normativo em relação à moderna doutrina brasileira:

Nossos olhos não estavam ainda suficientemente abertos, nem nossos sentidos atentos à verdadeira revolução cultural em prol da bandeira da efetividade do processo, então brotando em plagas européias; o legislador brasileiro de 1973 não foi inspirado por aquelas premissas metodológicas de que hoje estão imbuídos os setores progressistas da doutrina brasileira, como a visão crítica do sistema processual *pelo ângulo externo*, a preponderância dos interesses do *consumidor* dos serviços judiciais, a fortíssima guinada para a *tutela coletiva* e, sobretudo, o sublime empenho pela *universalização da tutela jurisdicional* e efetivo acesso à ordem jurídica justa. Fiel ao estado da doutrina brasileira de seu tempo, o Código de 1973

veio a lume como um excelente instrumento técnico, mas faltavam-lhe esses ingredientes de que hoje não se pode prescindir.²³

O Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869/73), na esteira do que o antecedeu, procura impor aos litigantes uma conduta condigna para que as atividades processuais se desenvolvam regularmente, procurando concentrar nos artigos 14 a 18 a disciplina da litigância ímproba (a despeito de outras passagens esparsas ao longo do texto).²⁴

Tal norma conseguiu superar a antinomia entre as figuras da litigância de má-fé e do abuso de direito, ao cuidar daquela exclusivamente a partir do dever de lealdade processual. Para Valentino Aparecido de Andrade,

A litigância de má-fé, como ilícito processual, exige, portanto, a previsão em norma jurídica de um dever específico de lealdade processual, sendo este, aliás, o *quid* que o caracteriza como instituto processual e que o distingue da figura do abuso do direito de demandar. Impõe-se, à vista disso, a indisputável conclusão de que se não há, em norma jurídica específica, a previsão do dever de lealdade ou de qualquer outro dever que dele seja derivado, não se caracterizará um ato ilícito processual condutor à figura da litigância de má-fé.²⁵

A doutrina lusitana de Pedro de Albuquerque também enfrenta a delimitação deste par de institutos:

O abuso de direito tem natureza objectiva. Ele é independente da consciência de quem comete o apelidado acto abusivo, bastando o comportamento em si mesmo. Dito de outra maneira: o abuso de direito não está dependente nem da existência de culpa do agente nem de qualquer outro elemento subjetivo, embora a presença ou ausência desses elementos possa contribuir para a definição das

consequências do abuso. Diversamente, a litigância de má-fé depende, como se viu, da existência de culpa grave ou de dolo. O elemento subjectivo é, pois, um pressuposto constitutivo da figura. Além disso, o abuso de direito pressupõe a existência de danos, devendo eles ser considerados na totalidade. Não sucede o mesmo com a litigância de má-fé. A simples obstrução da justiça e a violação de deveres processuais é suficiente para a condenação da parte.²⁶

O vigente Código de Processo Civil, instrumento catalisador da disciplina processual clássica, concebido no início da década de 1970 e reformado em período de convivência democrática, tem foco eminentemente individualista, mostrando-se, por vezes, descompassado da Constituição de 1988 (marco contemporâneo da redemocratização brasileira).

O instituto da litigância de má-fé experimentou um incremento legal, com o objetivo de dotá-la de mecanismos que exerçam um controle ético-jurídico dos atos praticados no processo, como revela o artigo 14, parágrafo único, do Código de Processo Civil (introduzido pela lei federal nº 10.358/2001).

O movimento reformador do Código de Processo Civil está ligado ao advento da Constituição Federal de 1988, que destacou com nitidez o compromisso do Estado brasileiro não só por uma tutela jurisdicional adequada (como já declinavam os arautos das reformas precedentes), mas que isto se dê mediante um processo justo, acessível e realizado em tempo razoável (quanto a este aspecto, não se nega, a litigância de má-fé é um fator inibidor a ser considerado).²⁷

No dizer de Cândido Rangel Dinamarco, ao exacerbar exigências éticas no Código de Processo Civil, a *Reforma da Reforma* o fez com toda a legitimidade e nos limites do que é conveniente, diante da realidade das freqüentes e repetidas resistências ao cumprimento de medidas destinadas a tornar efetiva e pronta a tutela jurisdicional. Assim, ao tratar dos provimentos mandamentais, o autor diz que

Constitui específico dever ético de todos os participantes do processo, explicitado pela lei n. 10.358, de 27.12.2001 ao criar o novo inc. V do art. 14 do Código de Processo Civil, o de ‘cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final’. Estamos no campo da luta pela efetividade e pela tempestividade da tutela jurisdicional, que já na primeira *Reforma* foi alvo de muita atenção do legislador. Ao falar em *provimentos mandamentais*, o novo inciso reporta-se à disciplina da execução das obrigações específicas, contida no art. 461 que a lei n. 8.952, de 13.12.1994 introduziu no Código de Processo Civil; *provimentos de natureza antecipatória* são, no pensamento do legislador de 2001, aqueles disciplinados pelo art. 273, por obra dessa mesma lei integrante da *Reforma*. Esses são dois pontos altos do movimento reformador de 1994-1995. (...) Com a nova *Reforma*, ganhou nova dimensão o âmbito da mandamentalidade no processo civil regido pelo Código, em razão do art. 461-A que lhe acresceu a lei n. 10.358, de 27 de dezembro de 2001, segundo o qual ‘na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação’. Agora são mandamentais também as sentenças que condenam a entregar coisa certa ou determinada pelo gênero e quantidade e também estas estão contidas no preceito ético contido no novo inciso do art. 14.²⁸

Traçadas as considerações histórico-legislativas da litigância de má-fé, e com o visio de não abandonar o viés eminentemente constitucional deste trabalho, segue uma perfunctória abordagem acerca dos aspectos objetivo e subjetivo deste instituto. No penúltimo capítulo deste trabalho, cuidaremos dos avanços que a noção de “boa-fé” enfrenta no processo civil

contemporâneo e da inclusão do princípio da cooperação e da solidariedade no ambiente processual, como pressupostos da realização da justiça no processo.²⁹

4.4 Aspectos objetivos da litigância ímproba

A manifestação da improbidade ao longo do processo ocorre de uma forma variada, mediante institutos como dolo, fraude, emulação, erro grosseiro, meios protelatórios *etc.*, todos capazes de comprometer o bom andamento do processo e, conseqüentemente, a realização da justiça por meio do processo.³⁰

Recentemente, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, formalizando no texto do artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, uma preocupação há muito debatida pela doutrina e jurisprudência pátrias, consistente na duração razoável do processo³¹.

Marcelo Lima Guerra informa que essa exigência foi explicitada pela primeira vez na definição do direito ao processo justo, reconhecido no art. 6º, 1, da Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, subscrita em Roma no dia 4 de novembro de 1950, lecionando que

à proteção desse direito à duração razoável convergem tanto medidas destinadas a preservar a sua realização no caso concreto, sobretudo medidas judiciais fundadas no *poder diretivo* do juiz, como também medidas *ressarcitórias*, voltadas à reparação dos danos sofridos em virtude da violação ao mesmo direito ao tempo razoável. Assim, por exemplo, em se tratando de uma demora injustificada imputada a uma conduta (sobretudo a uma omissão) abusiva de uma das partes, o juiz pode tentar dissuadi-la de permanecer na atuação desleal, seja de maneira direta, através de uma medida coercitiva, seja de maneira indireta, punindo a conduta desleal.³²

O Supremo Tribunal Federal enfrentou caso de conduta protelatória das partes (identificando os institutos da litigância de má-fé e do abuso do direito), tendo reconhecido o abuso do direito de recorrer, qualificável como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual, a caracterizar um ato de litigância maliciosa repellido pelo ordenamento positivo nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório. Impôs a multa do art. 557, § 2º, do CPC (de natureza inibitória).³³

José Rogério Cruz e Tucci revela que a Corte Européia de Direitos do Homem firmou entendimento de que, respeitadas as circunstâncias de cada caso, devem ser observados três critérios para se determinar a duração razoável do processo, quais sejam: a) a complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo; c) a atuação do órgão jurisdicional.³⁴

Vale realçar que, inclusive a argumentação velha, de caráter meramente abusivo, também foi considerada litigância de má-fé pelo Supremo Tribunal Federal, com a imposição de multa ao litigante infrator, à luz dos artigos art. 557, § 2º, CC; artigos 14, II e III, e 17, VII, do CPC.³⁵

Quando à aferição da correspondência entre os fatos narrados e a verdade, não se está a exigir que o demandante a sustente (a verdade), mas que tenha convicção de que não se baseia em mentiras. Novamente, Piero Calamandrei argumenta:

Ponham dois pintores diante da mesma paisagem, um ao lado do outro, cada um com o seu cavalete e, passada uma hora, vejam o que cada um desenhou na tela. Hão de notar duas paisagens completamente diferentes e tão diferentes que vos há de parecer impossível que o modelo tenha sido um só. Podeis dizer que um deles traiu a verdade?³⁶

O que seria, então, diante de tão amplas e admitidas opções, permeadas por uma série de vicissitudes, faltar com a verdade? Recorrendo aos clássicos, Alfredo Buzaid informa que,

Santo Agostinho escreveu dois tratados sobre a mentira, um intitulado de *mendacio* e outro *contra mendacium*, sustentando que dirá mentira aquele que, tendo uma coisa na mente, expressa outra distinta com palavras ou outro sinal qualquer. São Tomaz de Aquino, discursando sobre o tema, ensina que ‘o verdadeiro e o falso não estão nas coisas, mas no intelecto’. E por isso define a verdade como a conformidade da coisa com o intelecto.³⁷

A lei não exclui, nem poderia excluir a possibilidade de uma imagem falsa, mas sincera, dos fatos. Ela não espera que a parte não se engane; o que exige é que ela não engane o juiz. Firmando histórico acórdão sobre esta discussão, o Superior Tribunal de Justiça concluiu que deverá o julgador, para constatação da fraude ao dever de veracidade, avaliar a intenção do agente. Tal determinação vinha expressa no texto legal anterior, a recordar, no art. 63 do Código de Processo Civil de 1939.³⁸

Por fim, convém esclarecer que, das práticas de litigância de má-fé ao longo do processo, podem resultar, como principais efeitos: a) a nulidade do ato ou sua invalidez parcial; b) a conservação dos atos (como atenuação das consequências nulificantes em favor da parte lesada); c) o pagamento das custas processuais; e d) a responsabilidade civil e penal do litigante ímprobo.

5 Aspectos subjetivos da litigância ímproba

Uma vez debatidos os aspectos objetivos da litigância ímproba, cumpre-nos tratar do elemento subjetivo da conduta desleal ao longo do processo, direcionando o foco aos sujeitos da demanda (autores, réus e seus advogados).

Intensiva característica dos processos judiciais está no fato de que neles a ação é contraditória, observando-se o interesse das partes em preservar aquilo que entendem ser-

lhés seu, em detrimento da parte contrária (sendo, não raras vezes, envolvidas pela iniciativa de manejar expedientes torpes e egoísticos).

Em face desta característica congênita da realidade forense é que o processo deve ser permeado de mecanismos de controle ético, sem os quais esses riscos podem tornar o processo instrumento de injustiça.

Claramente, o Código de Processo Civil brasileiro optou por elevar a boa conduta das partes litigantes e de seus procuradores à condição de dever, e não de ônus, ao impor, diante de desobediência, a sanção da responsabilidade pelos danos (artigos 16, 18 e 601, além de outras previsões esparsas já estudadas). O artigo 16 do Código de Processo afirma que: “responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente”, nenhuma referência havendo, assim, aos advogados das partes e àqueles que de qualquer forma participam do processo.

Logo, embora cuidando o legislador de informar que os deveres do artigo 14 dizem respeito tanto à conduta das partes como “daqueles que de qualquer forma participam do processo” (nesse conceito, reprisa-se, incluindo os procuradores dos litigantes) e que o dever de abstenção do artigo 15 é dirigido aos litigantes e respectivos advogados, deixou o mesmo de prever, para os advogados, qualquer sanção direta ou indireta dentro do processo quando restarem feridos os preceitos estampados nos incisos I a IV do art. 14 do Código de Processo Civil (no caso do inciso V, está expresso, a questão se resolve internamente no órgão de classe).

Teriam tais deveres então, para os advogados, caráter meramente moral pela falta de previsão de punibilidade direta de possível imposição pelo juiz? Como então justificar que a parte suporte pena, pela litigância ímproba, mesmo quando partir de seu advogado a causa da condenação, na medida em que poucos são os atos processuais em que aquela intervém diretamente? A questão ainda é controversa e não admite uma solução categórica.

Um caminho, porém, está aberto à responsabilização

(ao menos indireta) dos advogados pela má-conduta no patrocínio dos interesses de seu cliente, já que, no plano do direito material se pode invocar como fundamento da condenação direta e exclusiva da parte a má eleição (culpa *in eligendo*) que esta fez daquele que atuou como seu mandatário, respondendo pelos danos que este, em seu nome, tiver causado. Corroborando esta fundamentação, a aplicação da analogia tendo como parâmetros os artigos 692 e 679 (primeira parte), ambos do Código Civil³⁹, endossa a responsabilidade do advogado.

Em Portugal, Rui Correia de Sousa defende o argumento de que a condenação do litigante de má-fé tanto pode ser aplicada às partes, como aos seus representantes:

... se os mandatários forenses actuaram ao abrigo de procuração forense com poderes especiais, também estes estão obrigados, solidariamente, ao pagamento da multa e da indemnização fixadas na condenação, sem prejuízo das consequências legais afloradas no capítulo seguinte.⁴⁰

Historicamente, porém, os tribunais pátrios vinham acompanhando a doutrina nacional, entendendo inaplicáveis aos advogados os comandos legais punitivos à desobediência aos deveres de bom comportamento processual.

Reativando o debate em torno do tema, no entanto, o Superior Tribunal de Justiça decidiu no final do ano de 2002⁴¹ (quando já em vigor a Lei nº 10.358/01 que alterou a redação do artigo 14 do Código) que os advogados também são sujeitos da norma em tratamento, nesta condição direta e pessoalmente respondendo pelos atos de improbidade que praticarem, conforme se vê adiante:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. CARACTERIZADA FINALIDADE PROTELATÓRIA. MULTA APLICADA AO PATRONO DA CAUSA. MAJORAÇÃO. ARTS. 14, II, C/C 17, VII, 18, "CAPUT" E 538, PARÁGRAFO ÚNICO, TODOS DO CPC.

POSSIBILIDADE. De acórdão proferido em recurso especial interpôs-se agravo regimental, flagrantemente intempestivo, caracterizando-se a finalidade procrastinatória da medida processual. Em segundo agravo regimental pede-se o afastamento da multa de 1%, aplicada ao patrono da causa, inexistindo, contudo, argumentos que ilidam as razões da decisão impugnada. Persistindo o intento protelatório, mostra-se de rigor a majoração da multa para 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa, a teor dos artigos 14, II, c/c 17, VII, 18, “caput” e “mutatis mutandi”, 538, parágrafo único, todos do CPC. Agravo regimental desprovido.

PROCESSO CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - RECURSO PROTRELATÓRIO - CONDENAÇÃO DO PROCURADOR AO PAGAMENTO DE MULTA. 1. Inexistência de omissão, mas inconformismo da parte com o julgamento do recurso especial. 2. Embargos de declaração interpostos com propósito meramente protelatório, buscando retardar o desfecho da demanda. 3. Aplicação de multa de 1% (um por cento), além de indenização de 20% (vinte por cento), ambos incidentes sobre do valor atualizado da causa, a ser suportada pelo advogado subscritor do recurso, nos termos do art. 14, II c/c 17, VII e 18, caput do CPC, pois é dever das partes e dos seus procuradores proceder com lealdade e boa-fé. 4. Embargos de declaração rejeitados, com imposição de multa e indenização.

A decisão causou certa reviravolta no debate sobre o tema, instigando estudiosos a debater os efeitos da decisão em desfavor dos advogados.

O advogado é o primeiro julgador da sua conduta, o que determina seja absolutamente escrupuloso. A advocacia impõe que, além de ser honesto, sejam observados todos os valores éticos. O artigo 6º do Código de Ética do Advogado é expresso, ao assinalar que “é defeso ao advogado expor os fatos em juízo falseando deliberadamente a verdade ou estribando-se na má-fé”, sendo indubitável que o dever de probidade, ora debatido, também se estende ao referido profissional.

Sobre a degradação da atitude ética do advogado nos últimos tempos, também levada a cabo, dentre outros motivos, pela saturação do mercado de trabalho deste profissional, Raimundo Bezerra Falcão constrói o seguinte raciocínio com base em dados empíricos:

Tomando o meu Estado, o Ceará, como exemplo. Em 1981, tínhamos, em cifras genéricas, 3.377 inscritos. Entre esse ano e 1990, o salto foi impressionante, a ponto de em setembro desse último ano termos 7.698 inscrições. Mais do que o dobro, o que significa anualmente um pouco mais de 10% de incremento no total de advogados. De 1990 até hoje, o número de inscrições saltou para bem mais do dobro, já estando beirando as duas dezenas de milhares. Os cursos de Direito, que eram somente três, subiram para dezessete nos últimos anos, do que se infere que, estando todos eles lançando bacharéis no mercado, chegar-se-á a cerca de 2.000 diplomados por semestre, pondo em risco, entre mais coisas, o respeito à ética profissional, pois a luta pela sobrevivência tende a fazer esquecer os valores, por mais fundamentais que sejam. (...) Trata-se de algo destinado a aumentar, em termos quantitativos, podendo também agravar-se em termos qualitativos, em face da proliferação de faculdades de Direito, muitas delas criadas para atender a cabos eleitorais ou a interesses e emulações provincianas e descabidas. São cursos

condenados à ineficiência e ao baixo nível de ensino. (...) O problema não é de encher as universidades de alunos, mas de encher o espírito dos alunos de idéias e de cultura.⁴²

Quanto ao critério para exame da responsabilidade das partes e de seus procuradores por dano processual e extraprocessual, Ugo Rocco ensinava que para a verificação da responsabilidade, é essencial encontrar o elemento **subjetivo** (dolo ou culpa).⁴³

Diz Francisco César Pinheiro Rodrigues que a pena deve ser imposta restritivamente, nos casos de má-fé processual, ante a intenção deliberada não só de enganar, mas de enganar e retardar, confundir e prejudicar, considerando que se somente a má-intenção autorizasse a pena, haveria sensível vantagem em contratar um advogado confuso e incompetente, mas muito combativo, que manejaria petições e agravos sem qualquer fundamento. Revela o doutrinador a idéia de que,

Se a culpa é grave, afrontosa (é impossível, aqui, afastar o subjetivismo do julgador), caberia a punição, porque 'reputa-se' (atente-se para o verbo) litigante de má-fé quem 'provoca incidentes manifestamente infundados' (inciso VI do art. 17). A confusão onera a Justiça até mais do que a inteligente argumentação (ao contrário do que pensa o vulgo), mesmo procurando induzir o juiz em erro. Petições confusas implicam duplo trabalho, porque o juiz de boa-vontade fica na dúvida se no meio do cipoal de argumentos mal expostos não existirá um grão de verdade ou injustiça a reparar⁴⁴

A circunstância de a lei afirmar que será considerado como litigante de má-fé aquele que atuar em consonância com qualquer das hipóteses dos incisos do art. 17 realça o elemento objetivo da conduta. Opinando pelo critério **objetivo** está Moacyr Amaral dos Santos, para quem,

Ocorrida qualquer das hipóteses previstas no referido artigo do Código, considera-se haver má-fé do litigante. Esta, portanto, independe de prova concreta, direta, mas resulta de uma apreciação dos fatos, que a lei enumera e dos quais se presume a ilicitude do procedimento processual do litigante. Verificando qualquer desses fatos, presume-se a má-fé deste.⁴⁵

Conclusivamente, a despeito de reconhecer a complexidade e infinitude do tema, entendemos que a aplicação destes critérios isoladamente não pode fundamentar a solução da controvérsia, já que a dinâmica dos embates forenses, a par da iniciativa de defender seus interesses levam, por vezes, as partes e os advogados ao manejo de um excessivo número de incidentes, o que é natural na atividade forense, porém, não se pode desgarrar dos preceitos da boa-fé objetivamente considerada.⁴⁶

Para Cândido Rangel Dinamarco, o advogado só responde se houver participado conscientemente da ilicitude, o que é natural em toda representação jurídica aos atos ilícitos (responsabilidade subjetiva); mas as hipóteses de sua responsabilidade por litigância de má-fé são todas aquelas indicadas no sistema do Código de Processo Civil. O autor realça que

Uma emenda apresentada na Câmara dos Deputados e vitoriosa graças a um lobby corporativista, alterou o projeto que redundou na lei n. 10.358, de 27 de dezembro de 2001, para fazer consignar no caput do art. 14 apenas as partes e demais pessoas que atuam no processo e não, como ali estava, as partes, seus procuradores etc. Essa emenda, que se associava à expressa imunização dos advogados à sanção cominada no novo parágrafo do art. 14, teve o nítido propósito de deixá-los também a salvo de toda a disciplina ética processual, contida no Código de Processo Civil, e

do controle judicial de possíveis infrações. Essa é, porém, uma arbitrariedade que só pela lógica do absurdo poderia prevalecer. Seria indecente imunizar os advogados não só às sanções referentes aos atos desleais e ilícitos, como também aos próprios deveres éticos inerentes ao processo com lealdade e boa-fé, de expor fatos em juízo conforme a verdade, de dar cumprimento e não resistir à efetivação de sentenças mandamentais *etc.*⁴⁷

A preservação da atuação funcional do advogado, à luz do artigo 133 da Constituição Federal, é exigência do Estado Democrático, não sendo compatível com uma sociedade livre e plural que o exercício de tão importante mister seja limitado pelo subjetivismo do magistrado no caso concreto, esta sim, uma faceta evidente do autoritarismo no ambiente processual.⁴⁸

Devemos atentar, assim, para o fato de que as prerrogativas outorgadas aos advogados não podem servir de instrumentos facilitadores da corrupção e da chicana no âmbito do processo, reclamando-se, de todos aqueles que ali atuam, apurado senso de responsabilidade e cooperação em prol do resultado prático e justo da tutela judicial.

REFERÊNCIAS:

ALBUQUERQUE, Pedro. **Responsabilidade Processual por litigância de má-fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo**. Coimbra: Almedina, 2006.

ANDRADE, Valentino Aparecido de. **Litigância de má-fé**. São Paulo: Dialética, 2004.

ÁVILA, Fernando Bastos de. **Pequena enciclopédia de moral e civismo**. Rio de Janeiro: Companhia Nacional de Material de Ensino, Ministério da Educação e Cultura – MEC, 1967.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas sumárias e de urgência**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BÍBLIA SAGRADA. São Paulo: Loyola, 1989.

BRAGA, Antônio Pereira. **Exegese do Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1945.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE-AgR 393175 / RS - Rio Grande do Sul AG.REG.NO Recurso Extraordinário Relator(a): Min. Celso de Mello Julgamento: 12/12/2006 Órgão Julgador: Segunda Turma Parte(s) AGTE.(S): Estado do Rio Grande do Sul ADV.(A/S): PGE-RS - Karina da Silva Brum AGDO.(A/S): Luiz Marcelo Dias e outro (A/S) ADV.(A/S): Lúcia Liebling Kopittke e outro (A/S).

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI-AgR 583103 / RS - Rio Grande do Sul AG.REG.NO Agravo de Instrumento Relator(a): Min. Cezar Peluso Julgamento: 24/04/2007 Órgão Julgador: Segunda Turma AGTE.(S): Luiz Carlos Duarte ADV.(A/S): Daniela Menegat Biondo AGDO.(A/S): Instituto Nacional do Seguro Social.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª T. do STJ, Resp. nº 40.638-RJ, 02.09.96, Rel. Min. Antônio Pádua Ribeiro, DJU de 21.10.96, p. 40.230.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma do STJ, EEREsp. Nº 435.824-DF, 17.12.02, Rel. Min. Eliana Calmom, DJU

17.03.03, p. 219; 1ª Seção do STJ, EAGRAR nº 2.400-CE, 11.12.02, Rel. Min. Eliana Calmom, DJU de 24.03.03, p. 128; 1ª Seção do STJ, EEAAR nº 1.599-SC, 27.11.02, Rel. Min. Eliana Calmom, DJU 03.02.03, p. 254; 2ª Turma do STJ, EAResp. nº 427.839-RS, 17.10.02, Rel. Min. Eliana Calmom, DJU de 18.11.02, p. 205. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no AgRg no REsp 464391 / SP ; agravo regimental no agravo regimental no recurso especial 2002/0105055-5 T1 Min. José Delgado julgado de 05.08.2003. e SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EDcl no AgRg nos EDcl no Ag 438554 / SC ; embargos de declaração no agravo regimental nos embargos de declaração no agravo de instrumento 2002/0017001-9 T2 Min. Eliana Calmom, Julgado de 17.12.2002.

BUZAID, Alfredo. **Processo e verdade no direito brasileiro**. Revista de Processo, São Paulo, nº 47, jul./set. 1987.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. 7ª edição. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1998.

_____. **Estudios sobre el proceso civil**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do Processo Civil Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

DIAS, Rosana Josefa Martins. **Proteção ao processo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma da Reforma**. 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Ensaio do pensamento jurídico**, São Paulo: Malheiros, 2008.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. **Temeridad y Malicia en el Proceso**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**, volume I. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

_____. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. I, 12ª edição, São Paulo: Saraiva, 1987.

MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. **Dos deveres constitucionais: o cidadão responsável**. Constituição e Democracia. Organização: BONAVIDES, Paulo. MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson & BEDÊ, Fayga Silveira. São Paulo: Malheiros, 2006.

MILMAN, Fábio. **Improbidade processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de Filosofia**. Título original: *Diccionario de Filosofia (versión abreviada)*. Tradução: FERREIRA, Roberto Leal & CABRAL, Álvaro. 2ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**. Portugal, Coimbra Editora, fevereiro de 2007.

NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. 6ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NOVAES, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

ROBLES, Gregorio. **Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual**. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1995.

ROCCO, Ugo. **Tratado de derecho procesal civil**. Bogotá: Temis – Buenos Aires: Depalma, 1970.

RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. **Indenização e litigância de má-fé**. Revista dos Tribunais, São Paulo: nº 584, jun./1984.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 1990, volume 2.

SEBASTIÃO, Jurandir. **A responsabilidade civil do advogado e o**

ônus da prova. *In* Revista Jurídica UNIJUS, Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Vol. 10, n. 13, Uberaba, novembro de 2007.

SOBRINHO, Elício de Cresci. **Dever de lealdade das partes no processo civil.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Introdução ao Processo Civil**, 2ª edição, Lisboa: Lex, 2000.

SOUSA, Rui Correa de. **Litigância de má-fé (colectânea de sumários de jurisprudência).** 2ª edição, Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantias constitucionais do processo civil.** São Paulo: RT, 1999.

NOTAS:

- ¹ Este trabalho foi elaborado no primeiro semestre do ano de 2008.
- ² ROBLES, Gregorio. **Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad ACTUAL**. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1995, p. 33.
- ³ O pensamento escolástico propunha uma concepção global da Ética e da Política presidida pela premência da Teologia. Em sua teoria, os direitos tinham seu lugar, porém sempre subordinados à idéia de dever, já que o homem como criatura se situa diante de Deus como um ser que deve obedecer aos seus mandamentos. Os direitos têm seu lugar, porém, secundariamente com respeito aos deveres.
- ⁴ NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**. Portugal, Coimbra Editora, fevereiro de 2007, p. 163.
- ⁵ MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. **Dos deveres constitucionais: o cidadão responsável**. Constituição e Democracia. Organização: BONAVIDES, Paulo. MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson & BEDÊ, Fayga Silveira. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 2.
- ⁶ ÁVILA, Fernando Bastos de. **Pequena enciclopédia de moral e civismo**. Rio de Janeiro: Companhia Nacional de Material de Ensino, Ministério da Educação e Cultura – MEC, 1967, p.158, verbete dever.
- ⁷ MORA, José Ferrater. **Diccionario de Filosofia**. Título original: *Diccionario de Filosofia (versión abreviada)*. Tradução: FERREIRA, Roberto Leal & CABRAL, Álvaro. 2ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 1996, verbete “dever”, p. 175.
- ⁸ MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. **Dos deveres constitucionais: o cidadão responsável**. Constituição e Democracia. Organização: BONAVIDES, Paulo. MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson & BEDÊ, Fayga Silveira. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 9-15.
- ⁹ In GOZAÍNÍ, Osvaldo Alfredo. **Temeridad y Malicia en el Proceso**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 15.
- ¹⁰ In **Ética Geral e Profissional**. 6ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 305.

¹¹ CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el proceso civil**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, p. 259.

¹² Ao lecionar sobre o abuso do direito, no contexto das restrições não expressamente autorizadas, Jorge Reis Novaes é enfático em esclarecer que, neste caso, os limites constitucionais da liberdade foram ultrapassados, sem, porém, que se saibam quais são estes limites, como podem ser apurados no caso concreto e qual o seu alcance. Nesse sentido e com essa dimensão, o recurso ao abuso do direito seria uma mera atualização da *cláusula de comunidade* como fundamento de limites não constitucionalmente previstos aos chamados direitos fundamentais. (*In As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 493).

¹³ **Exodus**, 23,7; **Levítico**, 19,11; e **Levítico**, 19,15, respectivamente.

¹⁴ MILMAN, Fábio. **Improbidade processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 11.

¹⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do Processo Civil Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, pp. 129-130.

¹⁶ SOBRINHO, Elício de Cresci. **Dever de lealdade das partes no processo civil**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 30.

¹⁷ MILMAN, p. 13. O autor aprofunda a informação, lecionando que “Coube à Áustria, em seu Código de Processo Civil, o pioneirismo no tratamento legislativo da matéria. A Alemanha tem, na ZPO, expressa disposição acerca do dever geral de dizer a verdade. Na Itália, a opção de regulamentação também está consignada no Código de Processo Civil. A França, em seu Novo Código de Processo Civil, igualmente tratou do tema (*L’obligation de réserve*). Não se esqueça ainda das *astreintes*, que têm caráter cominatório para garantir o cumprimento das sentenças que tenham condenado o vencido em obrigação de fazer ou não fazer. Tal instituto, a partir da inspiração legislativa francesa, hoje está em nosso ordenamento processual civil, de forma expressa nos arts. 287, 461, §4º, 461-A, 644, 645 e 932 do CPC”. *Ibidem*, pp. 14-19.

- ¹⁸ **In Proteção ao processo.** Rio de Janeiro: Renovar, 1994, pp. 108.
- ¹⁹ As Ordenações Afonsinas previam o juramento de calúnia: o juiz, depois de tentar conciliar as partes, e se frustrada esta tentativa, impunha ao autor, sob a forma de juramento, a promessa de que litigaria de boa-fé, sem maquinações e fraudes. Vale destacar, porém, a exemplo das Ordenações Manuelinas, que essas não tiveram grande influência no campo processual. MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**, volume I. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 116.
- ²⁰ **In Dever de veracidade das partes no Processo Civil.** Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 42.
- ²¹ **In Manual de Direito Processual Civil.** Vol. I, 12ª edição, São Paulo: Saraiva, 1987, p. 51.
- ²² **In Exegese do Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Max Limonad, 1945, pp. 14-17.
- ²³ **In A Reforma da Reforma.** 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 23.
- ²⁴ Na legislação esparsa encontra-se presente também a aplicação do instituto da litigância de má-fé. Assim: no Código de Defesa do Consumidor (art. 87, parágrafo único, da Lei 8.078/1990), na Lei da Ação Civil Pública (art. 17, da Lei 7.347/1985), na Lei dos Juizados Especiais Cíveis (art. 55, da Lei 9.099/1995), no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 141, §2º e art. 218, parágrafo único, da Lei 8.069/1990), na Lei da Arbitragem (art. 27, da Lei 9.307/1996), e ainda no Protocolo de Medidas Cautelares (art. 7º, alínea “b”, do Decreto 2.626/1998).
- ²⁵ ANDRADE, Valentino Aparecido de. **Litigância de má-fé.** São Paulo: Dialética, 2004, p. 78.
- ²⁶ **In Responsabilidade Processual por litigância de má-fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo.** Coimbra: Almedina, 2006, p. 92.

²⁷ Segundo Cândido Rangel Dinamarco, a remodelação do Código de 1973 começou, a bem dizer, já no próprio ano em que foi editado e durante a própria *vacatio legis*: A lei n. 5.925/73 foi portadora de uma série grande de retoques, alterando perto de uma centena de dispositivos do Código. O autor arrolou como principais leis modificadoras do Código de Processo Civil, desde o início e até à primeira *Reforma*: Lei das Duplicatas (6.458/77); Lei do Divórcio (6.515/77); Lei Orgânica da Magistratura (LC 35/79); Lei das Execuções Fiscais (6.830/80); Lei da Ação Civil Pública (7.347/85); Estatuto da Criança e do Adolescente (8.069/90); Código de Defesa do Consumidor (8.078/90); Lei 8.952/94, que alterou inúmeros dispositivos do CPC, com normas gerais de direito processual, normas referentes a tutela antecipada, à conciliação, atos processuais, processo cautelar etc. *In A Reforma da Reforma*. 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 25-27.

²⁸ *In A Reforma da Reforma*. 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 59-62.

²⁹ Na visão de Miguel Teixeira de Sousa, “a litigância de má-fé verifica-se tanto quando a parte conhece a falta de fundamento do pedido ou a não veracidade do facto, como quando ela omite o dever de cooperação ou abusa dos meios processuais através de diligências inúteis ou dilatórias”. *In Introdução ao Processo Civil*, 2ª edição, Lisboa: Lex, 2000, p. 73.

³⁰ **O dolo** se apresenta como uma das formas mais graves do ilícito processual, pois nele estão contidos as surpresas e os estratagemas, a sagacidade, a falácia, a manha que se trama para enganar alguém. A diferença do dolo no Direito privado, em relação ao seu congênere processual, está em que, ao contrário do primeiro, neste, o sujeito passivo nem sempre é somente a outra parte, mas é sempre o juiz. O dolo processual consiste em perverter, intencionalmente, os elementos fáticos que na relação processual se formam e se acumulam para permitir a decisão da questão. É a ciência de não ter razão, quando se afirma ter razão. Alguns consideram que a temeridade é a manifestação do dolo substancial, ou seja, é ir a juízo sabendo não ter razão. Tal forma de improbidade subdividir-se-ia em dolosa e culposa grave (esta, como resultado de imprudência exagerada ao afirmar ter a razão, no litígio, ao seu lado). **A fraude** também consagra uma infração à lei, visando a enganar o adversário e, no processo, também

o juiz; porém, a distinção em relação ao dolo está em que neste há ilegitimidade tanto nos fins como nos meios empregados, enquanto que na fraude são ilícitos somente os resultados obtidos – os meios, de qualquer forma, são válidos. **A emulação** traduz-se em ir a juízo movido por sentimento de competição injustificada, por espírito de mera rivalidade; é pleitear sem que o que se busque tenha utilidade, para causar dano a outrem; é agir por capricho, com a intenção de incutir pavor, de coagir. Existe **erro grosseiro**, no processo civil, quando há desarmonia entre os efeitos a que o declarante dirige a sua conduta e aqueles que resultam da declaração da sua vontade. Trata-se de verificar o grau de atenção ordinária que se exige daqueles que vêm a juízo – um dever mínimo de conhecimento das vias judiciais, seu alcance e utilidade e seu fim social (a idéia de erro grosseiro naturalmente está vinculada à de culpa). O emprego da **violência**, no processo, pode dar-se de duas distintas formas: quando qualquer das partes, indevidamente, pratica ato tipificado no Código de Processo Civil, como atentado, ou quando produz requerimento ou pedido de providência de força que seria dispensável. A mais comum forma de abuso, no entanto, é a **proteção da lide**, com a criação de incidentes que têm como alvo retardar a prestação jurisdicional, embaraçando a realização da efetividade do processo.

³¹ Para José Roberto dos Santos Bedaque, “a preocupação com o tempo do processo, e com a possibilidade de a demora gerar dano a direito passível de proteção, constitui apenas um dos aspectos inerentes à efetividade da tutela jurisdicional, tema central do processo civil moderno. Tentar eliminar o dano emergente da demora normal do processo é o grande desafio lançado ao processualista”. (in **Tutela cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas sumárias e de urgência**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 21).

³² GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 108.

³³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE-AgR 393175 / RS - Rio Grande do Sul AG.REG.NO Recurso Extraordinário Relator(a): Min. Celso de Mello Julgamento: 12/12/2006 Órgão Julgador: Segunda Turma Parte(s) AGTE.(S): Estado do Rio Grande do Sul ADV.(A/S): PGE-RS - Karina da Silva Brum AGDO.(A/S): Luiz Marcelo Dias e outro (A/S) ADV.(A/S): Lúcia Liebling Kopittke e outro (A/S)

- ³⁴ **In Garantias constitucionais do processo civil.** São Paulo: RT, 1999, P. 239.
- ³⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI-AgR 583103 / RS - Rio Grande do Sul AG.REG.NO Agravo de Instrumento Relator(a): Min. Cezar Peluso Julgamento: 24/04/2007 Órgão Julgador: Segunda Turma AGTE.(S): Luiz Carlos Duarte ADV.(A/S): Daniela Menegat Biondo AGDO.(A/S): Instituto Nacional do Seguro Social.
- ³⁶ CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados.** 7ª edição. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1998, p. 99.
- ³⁷ BUZAID, Alfredo. **Processo e verdade no direito brasileiro.** Revista de Processo, São Paulo, nº 47, pp. 92-9, jul./set. 1987.
- ³⁸ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª T. do STJ, Resp. nº 40.638-RJ, 02.09.96, Rel. Min. Antônio Pádua Ribeiro, DJU de 21.10.96, p. 40.230.
- ³⁹ “O mandato judicial fica subordinado às normas que lhe dizem respeito, constantes da legislação processual, e, supletivamente, às estabelecidas neste Código” e “Ainda que o mandatário contrarie as instruções do mandante, se não exceder os limites do mandato, ficará o mandante obrigado com aqueles que seu procurador contratou”, respectivamente.
- ⁴⁰ **In Litigância de má-fé (colectânea de sumários de jurisprudência).** 2ª edição, Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2005, p. 15.
- ⁴¹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma do STJ, EEResp. Nº 435.824-DF, 17.12.02, Rel. Min. Eliana Calmom, DJU 17.03.03, p. 219; 1ª Seção do STJ, EAGRAR nº 2.400-CE, 11.12.02, Rel. Min. Eliana Calmom, DJU de 24.03.03, p. 128; 1ª Seção do STJ, EEAAR nº 1.599-SC, 27.11.02, Rel. Min. Eliana Calmom, DJU 03.02.03, p. 254; 2ª Turma do STJ, EAResp. nº 427.839-RS, 17.10.02, Rel. Min. Eliana Calmom, DJU de 18.11.02, p. 205. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no AgRg no REsp 464391 / SP ; agravo regimental no agravo regimental no recurso especial 2002/0105055-5 T1 Min. José Delgado julgado de 05.08.2003. e SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EDcl no AgRg nos EDcl no Ag 438554 / SC ; embargos de declaração

no agravo regimental nos embargos de declaração no agravo de instrumento 2002/0017001-9 T2 Min. Eliana Calmom, Julgado de 17.12.2002.

⁴² FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Ensaio do pensamento jurídico**, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 146-150.

⁴³ ROCCO, Ugo. **Tratado de derecho procesal civil**. Bogotá: Temis – Buenos Aires: Depalma, 1970, p. 176.

⁴⁴ RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. **Indenização e litigância de má-fé**. Revista dos Tribunais, São Paulo: nº 584, pp. 9-17, jun./1984.

⁴⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de Direito Processual Civil**. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 1990, volume 2, p. 319.

⁴⁶ Ao escrever sobre a responsabilidade civil do advogado e o ônus da prova, Jurandir Sebastião afirma ser oportuno sempre lembrar que o nosso Direito Material está estruturado nos princípios do equilíbrio das relações sociais e na boa-fé objetiva. Por isso, não basta vontade subjetiva indeterminada, nem simples ‘boa intenção’ para a prática dos atos jurídicos. A verdadeira intenção deve ser externada com transparência, e que a conduta pessoal, na defesa dos seus interesses, encontre limite no equilíbrio e na reciprocidade das relações sociais. Daí a censura ao exercício do direito com abuso. O Direito Processual, como instrumento de efetividade do Direito Material, não foge dessa regra geral. O advogado, quando, no processo civil se desvia do correto exercício da profissão, pode incorrer em três modalidades distintas censuráveis: a) ato atentatório ao exercício da jurisdição; b) conduta processual temerária; c) litigância de má-fé. São condutas processuais distintas, mas que se entrelaçam e podem ocorrer simultaneamente, e todas são passíveis de sanção proporcional à intensidade e à gravidade do ato praticado. A má-conduta profissional também poderá tipificar infração ética, a ser punida pelo órgão de classe. **In A responsabilidade civil do advogado e o ônus da prova**. *In* Revista Jurídica UNIJUS, Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Vol. 10, n. 13, Uberaba, novembro de 2007, pp. 1-264.

⁴⁷ **In A Reforma da Reforma**. 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 68.

⁴⁸ Aliás, sobre a chamada “concepção autoritária de processo”, cuidaremos no capítulo seguinte, visando a situar sua origem histórica na legislação processual do Brasil e seus reflexos normativos.